

Poteri informali: la libertà individuale fra spontaneità e artificio

di M. Chiara Pievatolo

["Ragion pratica", X, 1998]

1. Una critica neoliberale alla democrazia

Siamo abituati a pensare che non vi sia più contrasto fra i diritti individuali della tradizione liberale e i modi di rappresentanza e di decisione della democrazia politica. Le due tradizioni si sono compenstrate così che, da una parte, i diritti individuali possono essere visti come condizioni di possibilità di un dialogo veramente democratico e, dall'altra, la democrazia può apparire come uno strumento indispensabile per stabilire e garantire i diritti. Ma se siamo convinti che i diritti individuali siano qualcosa di precedente rispetto al diritto positivo, questa conciliazione appare non solo provvisoria, ma controproducente. È questa la tesi - antidemocratica prima che antisocialista - sostenuta da un teorico neoliberale italiano, Bruno Leoni, in un testo del 1961, *Freedom and the Law*, del quale ho curato la tardiva traduzione. Il grande nemico della libertà individuale non è la tradizione, bensì l'artificio rappresentato dalle istituzioni democratiche: l'errore fondamentale è trattare il diritto come qualcosa che viene deciso, principalmente per via legislativa, e non come qualcosa che preesiste alle decisioni e viene scoperto, essenzialmente per via giurisprudenziale.

Luigi Ferrajoli, proponendo un suo progetto di costituzionalismo mondiale fondato su un'emendazione logica della tradizione giusnaturalistica, connette il carattere normativo della scienza giuridica alla positività e artificialità del diritto moderno:

Il diritto moderno non ha nulla di "naturale". Esso è certamente come lo determinano i rapporti di forza. Ma è anche, più in generale, come lo vogliono e lo costruiscono gli uomini, colle loro rivendicazioni e le loro lotte e anche con le elaborazioni dei filosofi e dei giuristi.¹

Il diritto è qualcosa di artificiale: qualcosa che noi facciamo e di cui siamo responsabili. La sua stessa innaturalità lo espone non soltanto al potere, ma anche alla progettazione e al miglioramento. La forza che si cela nelle forme del diritto è controllabile proprio perché esso si manifesta come una costruzione sottoposta e motivata dai nostri progetti: in questo senso, anche il costituzionalismo democratico contemporaneo deve qualcosa al motto assolutistico hobbesiano *auctoritas, non veritas facit legem*.²

L'artificialità del diritto è ciò che lo rende riformabile ed emendabile. Ma questa stessa artificialità è il peccato originale della modernità, che si è manifestato nella sua pienezza con i totalitarismi del Novecento: un diritto "costruito" è esposto all'abuso e all'arbitrio.

Esiste, in particolare, una versione del liberalismo che possiamo designare come storicistico³ e associare, preliminarmente, al nome di Burke, la quale fonda i diritti sulla sedimentazione storica e riconosce le sue radici nella tradizione medioevale degli *iura* e delle *libertates*, nonché nella *common law*. Essa lega l'artificialità del diritto alle pretese dispotiche del potere politico e la contrappone ad una libertà intesa come concrezione della tradizione e delle istituzioni storicamente consacrate: nella storia si dà una verità che, in virtù di una lunga prescrizione, produce il diritto. Non solo, antihobbesianamente, *veritas, non auctoritas facit legem*, ma anche: *veritas, non auctoritas facit libertatem*. La *veritas* che dovrebbe essere matrice di libertà individuale non si trova più nella natura, ma nella storia. E tuttavia essa non è artificiosa perché ha alle sue spalle una tradizione: al dispotismo formalistico e artificiale del potere politico si contrappone la spontaneità informale della società e degli individui che la compongono.

Leoni prende partito per un'interpretazione storicistica del liberalismo opponendo radicalmente il diritto giurisprudenziale e la *common law* alla legislazione: nella sua prospettiva, il vantaggio del primo termine sul secondo consiste nel fatto che questo è privatistico e informale e perciò è in grado di adattarsi alla volontà degli individui - così come si adattano ad essa strutture sul genere della moda e del mercato.

Trarrò spunto da questo testo per mostrare che la difesa di un ordine politico spontaneo e informale contro la costruzione di un ordine artificiale e formale può essere detta "liberale" solo a

¹ L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Anabasi, Milano, 1995, p. 55.

² Cosa, questa, che appare chiara anche a C. Schmitt, *Scritti su Thomas Hobbes* (1936/37; 1938). Giuffrè, Milano, 1986, p. 106.

³ M. Fioravanti *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, I: *Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Giappichelli, Torino, 1991, cap. I.

condizione che il soggetto implicito della libertà non sia, distributivamente, l'individuo, ma, olisticamente, la società. Con un linguaggio più tecnico: mi chiederò se il diritto giurisprudenziale, per il solo fatto di essere prodotto in modo informale e privatistico, sia un diritto senza *auctoritas* - cioè senza costrizione dal punto di vista dell'individuo.

Se si risponde di sì a questa domanda, allora si deve sostenere - anarchicamente - che l'unico possibile potere coercitivo sia quello politico; che, dunque, non si dia nessuna costrizione in strutture sociali culturali e "spontanee" come la moda, l'economia, il costume, la famiglia e la mafia. Se si risponde di no, allora si deve porre il problema della controllabilità dell'*auctoritas* anche nei confronti di chi pensa che la *veritas* della spontaneità sociale o della cultura faccia la legge e garantisca la libertà. La tesi che fa da sfondo a questa seconda opzione è stata ben espressa da Bobbio in *Politica e cultura*, in polemica con Galvano Della Volpe:

Un liberale comincerebbe col rispondere che quell'alternativa, dove c'è stato non c'è libertà, è troppo perentoria, che la vera libertà è un'idea-limite, su cui si può contendere fra filosofi, ma è di scarso vantaggio in una discussione politica e che il problema politico che gli uomini ragionevoli si sono sempre posti non è quello di attuare il regno della più dura violenza per salire a quello della più pura libertà, bensì quello di contemperare libertà e violenza in una determinata situazione storica.⁴

Sono consapevole che Leoni rientra nell'orbita del cosiddetto individualismo metodologico, il quale si propone di spiegare fenomeni sociali complessi come il linguaggio, il mercato e la moneta sulla base delle interazioni individuali e dei loro effetti, anche inintenzionali. Può dunque sembrare fuorviante accusarlo di olismo. Tuttavia, all'individualismo metodologico *teorico* può non corrispondere un individualismo *pratico*. Una cosa è affermare che un modo di spiegare le istituzioni sociali è farle risalire alle loro origini individuali, ancorché non intenzionali; un'altra è sostenere che le unità ultime cui vanno attribuiti i diritti e le libertà sono gli individui. Le due affermazioni sono logicamente indipendenti. In un'atmosfera teorica che sottolinea l'impotenza degli individui a stabilire le regole fondamentali che essi stessi rispettano, derivare l'una dall'altra può essere addirittura una quadratura del cerchio. Se si credesse, per esempio, in un'evoluzione che seleziona le più "adatte", fra le varie istituzioni sorte come esiti inintenzionali delle azioni individuali, l'individualismo metodologico si rovescerebbe in olismo pratico: le istituzioni, consacrate dall'evoluzione che sa e può di più delle ragioni individuali, sarebbero - a voler essere coerenti - al riparo da ogni correzione politica. Non solo non avrebbe senso agitare il miraggio della giustizia sociale, ma non ci sarebbe neppure lo spazio teorico per definire un concetto di libertà individuale almeno parzialmente e criticamente autonomo rispetto a ciò che l'evoluzione ha cristallizzato in questo termine.

2. Diritto giurisprudenziale e legislazione: la critica di Barberis a Leoni

È tipico delle impostazioni (praticamente) olistiche passare sotto silenzio il problema del potere nei suoi aspetti procedurali. Chi decide veramente? Come sono prese le decisioni che devono valere per tutti? L'olista Menenio Agrippa, col suo apologo, invita i plebei in sciopero sul monte Sacro a considerarsi come parti di un organismo, ma non spiega perché mai essi debbano vedersi come obbedienti e laboriose mani, e non invece come cervelli dirigenti o apparati digerenti, e perché mai si sia sviluppata una simile gerarchia. Leoni, tuttavia, non si comporta come un olista volgare, perché indica un "come": il diritto giurisprudenziale garantisce a un tempo la spontaneità dell'evoluzione, intesa in termini individualistico-metodologici, e la libertà individuale.

Questa impostazione dell'argomento mi impone di considerare il problema del rapporto fra diritto giurisprudenziale e legislazione in primo luogo da un punto di vista giusfilosofico, per poi interrogarmi sulla concezione del potere nella società in esso presupposta. Per questo, esaminerò innanzi tutto la critica cui un filosofo del diritto come Mauro Barberis ha accolto, nel 1996, la traduzione di *Freedom and the Law*.⁵

Per Barberis il succo di *Freedom and the Law* è l'attacco alla riduzione, caratteristica della *civil law*, del diritto a legislazione, a favore di un diritto giurisprudenziale, in grado di garantire maggiormente la certezza "a lungo termine" e la libertà degli individui.

I sistemi di *civil law*, tipici dell'Europa continentale, sono figli della codificazione: in essi, il diritto è composto essenzialmente dalle leggi prodotte da appositi organi legislativi - in genere i parlamenti. Il diritto cui Leoni vorrebbe tornare è invece quello basato sul modello della *common*

⁴ N. Bobbio, *Politica e cultura*, Einaudi, Torino, 1974, pp. 187-188.

⁵ M. Barberis, *Diritto e legislazione. Rileggendo Leoni*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", LXXIII, 1996, 2, pp. 231-255.

law, tradizionalmente in vigore nei paesi anglosassoni, in cui le sentenze dei giudici, vincolate dalla giurisprudenza precedente, sono la principale fonte del diritto, oppure sul modello del diritto romano, di produzione essenzialmente dottrinale. Secondo Leoni, nel diritto legislativo il legislatore resta all'oscuro delle preferenze giuridiche degli individui. Invece il diritto giurisprudenziale è più vicino alla libertà individuale perché il giudice è adito su iniziativa di parte, la sua pronuncia vale solo per gli interessati, e fa riferimento al precedente. Questo diritto può governare efficientemente società complesse, perché garantisce una produzione legislativa prevedibile da parte delle corti - cosa che è improbabile nel caso del legislatore parlamentare, esposto ai mutevoli umori dell'assemblea e del suo elettorato.

Per Barberis, questa posizione regge - sempre che non si voglia ripetere la critica di Bentham alla *common law* e al potere incontrollabile che essa affidava alla casta esoterica dei giudici e dei giureconsulti⁶ - solo sullo sfondo di un senso comune conservatore imperniato sulla fede nella tradizione e nell'evoluzione spontanea. Per evoluzione spontanea s'intende quella determinata dagli effetti delle azioni umane, che possono essere sia intenzionali, sia inintenzionali. Ma nulla, se non la fede nell'evoluzione, ci garantisce che questi effetti producano necessariamente risultati efficienti, o comunque meno inefficienti del diritto legislativo.

Queste critiche sono più che convincenti, anche se, di fatto, il ruolo crescente della giurisprudenza nei sistemi a *civil law* e l'importanza assunta dalla legislazione nei sistemi di *common law* non ci permettono più di configurare un'alternativa netta come quella di Leoni.⁷ Il dilemma, tuttavia, conserva tutta la sua virulenza politica. Barberis pone fra le sue questioni ultime la seguente: quale concezione del diritto ci permette di calibrare lo strumento giuridico nel modo più "efficiente"? E, da questo punto di vista, gli è facile sostenere che è utopistico sperare in un diritto giurisprudenziale il quale, evolvendosi spontaneamente, ricacci la legislazione - il cui sviluppo è pur sempre frutto dell'evoluzione della società - nella pattumiera della storia. Ma la filosofia di Leoni, come del resto le filosofie di altri pensatori della galassia neoliberale, è qualcosa di più di una teoria generale del diritto o *jurisprudence*. Essa è, ad un tempo, una teoria sociologica e una teoria del miglior regime politico, e vorrebbe spiegare il modo in cui la società si evolve con i medesimi strumenti che impiega per fornire un orizzonte progettuale per il suo miglioramento.

Vale la pena ricordare che Leoni e gli studiosi a lui affini ritengono di aver trovato la teoria complessiva dello sviluppo della società umana che funge, nello stesso tempo, da spiegazione teoretica e da giustificazione pratica - ambizione, questa, che li rende paragonabili a Marx e soprattutto alla scolastica marxiana. Per questo motivo, l'operazione compiuta da Leoni è qualcosa di più di un appello a un "senso comune conservatore"⁸: è, piuttosto, un tentativo, politico e filosofico a un tempo, di edificare un'ideologia del senso comune e della legittimità del suo potere diffuso.

Allo scopo di illustrare questa tesi, diversa ma, secondo me, convergente con quella di Barberis, rileggerò *Freedom and the Law*, interrogandomi non tanto sulla "legge", quanto sulla libertà - cui il diritto stesso, secondo Leoni, dovrebbe essere finalizzato.

3. La libertà e Leoni

Nel VII capitolo di *Freedom and the Law*, Leoni illustra la tesi della superiorità sulla *civil law* del diritto giurisprudenziale - che è compatibile anche con una codificazione, purché chiusa - raccontando come, nel corso della sua carriera di avvocato, abbia appreso che il *Corpus Juris* giustiniano era ancora valido in Sudafrica. A corollario di questo aneddoto, egli commenta compiaciuto: "quando mi fu raccontata questa storia, meditai con divertimento sul fatto che ci sono persone le quali pensano che tutto quello di cui abbiamo bisogno per essere felici siano nuove leggi".⁹

Il Sudafrica degli anni '50, cui si riferisce l'aneddoto narrato da Leoni, era un paese in cui il razzismo delle società coloniali era codificato in *apartheid*. Ciò nonostante, Leoni, che dovrebbe condividere, come recita l'Introduzione a *La libertà e la legge*, l'assioma liberale della "difesa intransigente della libertà individuale"¹⁰, non esita ad additarci il Sudafrica degli anni '50 a

⁶ V. l'arguto articolo di J. Marshall, *Trentatré cose che si possono fare con i precedenti. Un dizionario di common law*, in "Ragion pratica", 6, 1996, pp. 29-34.

⁷ M. Taruffo, *Per un'analisi comparata del precedente giudiziario*, "Ragion pratica", 6, 1966, pp. 55-64.

⁸ M. Barberis, *op. cit.*, p. 249.

⁹ B. Leoni, *Freedom and the Law*, Liberty Fund, Indianapolis, 1991, p. 140 (trad. it. *La libertà e la legge*, liberilibri, Macerata, 1994, p. 158).

¹⁰ R. Cubeddu, *Introduzione* a B. Leoni, *op. cit.*, p. XII.

modello. A difesa di Leoni si potrebbe dire che la discriminazione razziale codificata nel regime di *apartheid* è un frutto velenoso della legislazione, mentre i razzismi informali e spontanei tuttora presenti in numerosi paesi occidentali non sono questione che riguardi il filosofo del diritto - anche quando essi condizionano pesantemente le scelte degli individui. E si potrebbe aggiungere che l'*apartheid* non è una conseguenza del *Corpus Juris*, per quanto il diritto che esso raccoglie sia nato in una società ferocemente aristocratica e schiavista.

Leoni, tuttavia, propone una tesi filosofico-politica, e cioè che il diritto si deve il più possibile ispirare alle istituzioni sociali che sorgono "spontaneamente", come il linguaggio, la moda e il mercato, *perché* queste istituzioni garantiscono la libertà dell'individuo molto di più di quanto possa fare la legislazione. Da questo punto di vista, il razzismo informale e spontaneo deve costituire un problema perfino per lui - anche perché, in tempi non remotissimi, esso è stato uno strumento essenziale per stabilire chi dovesse essere considerato come mercante e chi, semplicemente, come merce.

Leoni ritiene, in primo luogo, di conoscere il meccanismo dell'evoluzione della società nel suo complesso; e pretende, in secondo luogo, che la massima libertà dell'individuo coincida coll'adeguazione a questo meccanismo. Su questo sfondo, egli sostiene:

Sembra indiscutibile che si debba rifiutare il processo legislativo ogniqualvolta è possibile, per gli individui coinvolti, realizzare i loro obiettivi senza dipendere dalla decisione di un gruppo o senza costringere un altro a fare ciò che non avrebbe mai fatto senza costrizione.¹¹

La scuola austriaca insegna che la maggior parte delle istituzioni sociali - il mercato, il linguaggio, la moda, la morale,¹² il diritto - sono frutto non intenzionale del convergere di azioni umane finalizzate a valori soggettivi. Perciò, se essere liberi è "non dipendere dalle decisioni di altri", possiamo affermare che nessuno è libero e che dunque non ha neppure senso affannarsi, come pure fa Leoni, a proporre riforme giuridiche e politiche, perché qualsiasi comportamento o evento umano - a partire dal venire al mondo - è connesso agli effetti voluti o no di decisioni prese da altri. Perché mai il diritto giurisprudenziale dovrebbe essere preferibile al diritto legislativo? In particolare, perché mai uno strenuo difensore della libertà dell'individuo dovrebbe preferire il diritto giurisprudenziale, non fatto dai parlamenti, ma dichiarato dai giudici e dai giureconsulti?¹³

In primo luogo i giudici, o gli avvocati, o altri in posizione simile possono intervenire solo quando ne sono richiesti dagli interessati, e la loro decisione è raggiunta e resa efficace, almeno nelle questioni civili, solo con una continua collaborazione delle parti stesse ed entro i suoi limiti. In secondo luogo, la decisione del giudice può essere efficace principalmente nei confronti delle parti in causa, solo occasionalmente per i terzi, e praticamente mai per le persone che non hanno nessun rapporto colle parti interessate. In terzo luogo, tali decisioni da parte di giudici e avvocati si raggiungono molto raramente senza riferimento alle decisioni di altri giudici e avvocati in casi simili, e perciò vengono prese colla collaborazione indiretta di tutte le parti in causa, sia passate sia presenti.¹⁴

Il lavoro di questi giureconsulti e giudici, secondo Leoni, non è quello di decretare nuovo diritto, ma di "scoprire qual è la volontà della gente"¹⁵ e quali sono "le regole governanti il comportamento effettivo di tutti nelle loro complesse interrelazioni".¹⁶

Leoni è un individualista metodologico, ma, come si vede, usa un linguaggio assai collettivista. Sul piano teorico, Leoni sa benissimo che il diritto, come la maggior parte delle istituzioni sociali, è il prodotto della somma e dell'interazione degli effetti, anche inintenzionali, delle azioni individuali, ma sul piano pratico, quando si tratta di contrapporre polemicamente il diritto

¹¹ B. Leoni, *op. cit.*, p. 15 (trad. it. p. 17).

¹² G. Marini, recensendo *La libertà e la legge*, in "Il pensiero politico", XXIX, 1996, pp. 332-33, osserva che "le vicende dell'etica non possono essere assimilate ai processi genetici illustrati per il diritto e tanto meno per il linguaggio (secondo una tendenza latente in queste pagine), senza introdurre nell'argomentazione problemi filosofici di grave portata, che si riflettono certamente sulle sfere più sensibili all'etica, come il diritto penale, la politica, l'economia."

¹³ Lo *ius civile* romano ha potuto essere, per secoli, quasi esclusivamente diritto di giureconsulti - diritto di ottimati o *Honoratiorenrecht* - perché si fondava, almeno in origine, sulla forza e sugli interessi dei membri dell'aristocrazia, i quali trovavano opportuno dirimere le loro controversie ricorrendo all'*auctoritas* di un giurista del loro stesso ceto, piuttosto che a poteri istituzionali, esposti alla contaminazione democratica (L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 46).

¹⁴ B. Leoni, *op. cit.*, p. 22 (trad. it. p. 25).

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*, p. 20 (trad. it. p. 22).

giurisprudenziale alla legislazione in nome della libertà individuale, il suo modo di esprimersi appare piuttosto bizzarro - perché deve dipingere come perfettamente adeguato alla libertà individuale qualcosa alla cui creazione gli individui hanno contribuito, intenzionalmente, soltanto in minima parte, e in cui alcuni o molti individui non si ritroverebbero affatto.

Possiamo esprimere il pensiero di Leoni anche così: in una società veramente liberale, è la normalità informale dei comportamenti diffusi e dei valori condivisi a dettare legge, e il legislatore e il giudice devono adeguarsi ad essa - altrimenti ne lederebbero gravemente la libertà, intesa come libertà *individuale*. Per questo motivo, la possibilità che la libertà individuale sia tutelata è strettamente connessa al carattere diffuso e informale della produzione del diritto; il giurista dovrebbe rifarsi al modello dell'*arbiter elegantiarum*, che, quando si pronuncia sulla moda della prossima stagione, su richiesta degli interessati, non fa che scoprire ed enunciare delle tendenze già diffuse nella società: dovremmo trovare la legislazione tanto intollerabile, quanto troveremmo irritante che un parlamento si pronunciasse sui nostri corsetti e sulle nostre martingale in luogo dello stilista o del sarto.

... più riusciamo a ridurre la vasta area attualmente occupata dalle decisioni collettive nella politica e nel diritto, con tutti i parafernali delle elezioni, della legislazione e così via, più riusciremo a stabilire uno stato di cose simile a quello che prevale nell'ambito del linguaggio, della *common law*, del libero mercato, della moda, del costume etc., dove *tutte* le scelte individuali si adattano reciprocamente e nessuna è mai messa in minoranza.¹⁷

Rimaniamo nel mondo della moda e del costume, per sintetizzare le critiche da più parti rivolte a questa impostazione con un esempio alla maniera di Bentham, esotico e poco controverso: la millenaria usanza cinese, proibita dalla legislazione dopo la rivoluzione del 1911, ma diffusa fino ai primi decenni del nostro secolo, di legare i piedi alle bambine per renderle più appetibili sul mercato matrimoniale. Si trattava di una semplice moda, non imposta da nessun potere formale, ma cui le madri, spontaneamente, adeguavano le proprie figlie - in genere fra i cinque e i sette anni d'età. Questa operazione di compressione del piede era lunga, dolorosissima, e comportava una invalidità permanente e penosa.¹⁸ E' difficile sostenere che le generazioni di bambine cinesi che hanno subito questa pratica fossero in condizione di sceglierla liberamente - per quanto essa fosse imposta, da una società naturale com'è la famiglia, in nome di un'istituzione che è la quintessenza dell'ordine spontaneo. Un altro esempio, meno esotico e più controverso, di ordine spontaneo, basato su un potere informale, diffuso e largamente consensuale, potrebbe essere la mafia, i cui "utenti" sono per lo più volontari acquirenti di un bene identificabile colla protezione.¹⁹

Leoni cita, come esempi di libertà ingiustamente calpestata, il caso del latifondista italiano espropriato del proprio terreno per un indennizzo da lui giudicato inadeguato, o del proprietario edilizio cui la legge impone quello che è stato chiamato, in seguito, equo canone,²⁰ ma sembra convinto che la moda e il costume non possano opprimere le libertà individuali. Evidentemente, egli si vale di un filtro teorico che non gli permette né di discernere né di criticare il caso del nostro esempio, che comporta una lesione di un diritto fondamentale da parte di un potere diffuso e "spontaneo": per nulla più di una moda, si negava alle bambine cinesi la libertà di decidere che fare del proprio corpo.²¹

A differenza di un classico del liberalismo come John Stuart Mill, Leoni pensa che la libertà sia sufficientemente garantita se è protetta esclusivamente contro la tirannide delle autorità pubbliche, e che "l'opinione e il sentimento dominanti"²² - incarnati nel costume e nella moda - non possano minacciare la libertà individuale, neppure in casi analoghi a quello proposto nel nostro esempio. Secondo lui, i poteri informali e diffusi entro la società funzionano in modo pacifico e partecipativo, nonché rispettoso della libertà individuale, mentre l'adozione di procedure di democrazia rappresentativa che accentrino e formalizzino il momento della

¹⁷. *Ibidem*, p. 130 (trad. it. p. 145). Il corsivo è mio.

¹⁸. V. ad esempio; S.L. Bartky, *Feminists and Domination: Studies in the Phenomenology of Oppression*, Routledge, New York-London, 1990, pp. 63-82. Si consideri, inoltre, il capitolo VII di A. Dworkin, *Intercourse*, New York, The Free Press, 1987, nonché I.M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton U.P., Princeton, 1990.

¹⁹. Almeno secondo D. Gambetta, *La mafia siciliana*, Einaudi, Torino, 1994, pp. XXXI-XXXVI.

²⁰. B. Leoni, *op. cit.*, p. 68 (trad. it. p. 78).

²¹. Kant, in altro contesto, notava che far uso del corpo di una persona, o di una sua parte, significa far uso della persona e ridurla a una cosa (I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, AB 108).

²². J.S. Mill, *On Liberty*, in Id., *Essential Works of John Stuart Mill*, Bantam Books, New York, 1961, p. 258.

decisione legislativa porta a una "potenziale guerra giuridica di tutti contro tutti, condotta per mezzo della legislazione e della rappresentanza".²³

Affinché queste tesi non si riducano davvero all'appello a un senso comune conservatore, Leoni ha l'onere di legittimare la definizione e l'uso di un concetto così ristretto di libertà. Perché al latifondista espropriato in seguito a una riforma agraria viene riconosciuto il diritto di protestare a causa della limitazione ingiusta della sua libertà, mentre la possibilità di casi come quello della bambina cinese cui vengono deformati i piedi in omaggio a una moda, senza chiedere il suo assenso, viene passata sotto silenzio?

Leoni sostiene che l'unica definizione accettabile di libertà è quella lessicale: "libertà è una parola, impiegata nel linguaggio ordinario, per indicare tipi particolari di esperienze psicologiche".²⁴ Questa definizione, che è in sostanza un appello ad un *idem sentire* diffuso e condiviso, è coerente colla sua impostazione complessiva: i valori condivisi sono frutto di una evoluzione che li legittima. Se generalmente si pensa che la libertà da proteggere sia quella del latifondista e non quella della bambina cinese, ci deve ben essere una ragione evolutiva che giustifica la sopravvivenza di questa idea di libertà, e non dell'altra. Esistono delle libertà che sono più libertà di altre.²⁵

Un intransigente difensore della libertà *individuale* non potrebbe coerentemente sostenere che la sola oppressione cui valga la pena opporsi sia quella compiuta dalla legislazione, e che il costume, la moda, il mercato, il linguaggio e il diritto giurisprudenziale siano luoghi di armonia e spontaneità - per lo meno se assumiamo come unità di misura l'individuo, e segnatamente la bambina cinese del nostro esempio, visto che il latifondista ha già trovato i suoi avvocati. Il modo di ragionare di Leoni diventa giustificato e coerente solo se il soggetto della libertà non è l'individuo, ma, sul piano pratico e propositivo, scivola olisticamente nella società nel suo complesso. La grande e imperscrutabile ragione dell'evoluzione - ovvero del concorrere spontaneo degli esiti non voluti delle azioni individuali - è in grado di garantire risultati liberali ed efficienti molto più di quanto possano le piccole menti dei legislatori: dunque il diritto deve essere il più possibile particolaristico, diffuso e "spontaneo" - in modo da lasciare liberi non tanto gli individui, quanto la società nella sua totalità.

Leoni si richiama ai valori condivisi dalla comunità anche quando legittima un limitato ricorso alla legislazione secondo il principio confuciano ed evangelico "Non fare agli altri ciò che non vorresti fosse fatto a te" - principio che secondo lui permette facilmente di "determinare che cosa 'non si deve fare' secondo le convinzioni e i sentimenti comunemente condivisi dalla gente".²⁶ Kant, ragionando individualisticamente, osservava che in virtù di questo principio un criminale potrebbe opporsi ai giudici che volessero processarlo ("io non voglio essere processato, e sono più che disposto a non processare voi").²⁷ Questa regola può funzionare soltanto se si presuppone implicitamente un accordo diffuso sulle cose che non si devono infliggere agli altri. Ma così il principio diventa tanto vago, quanto un generico appello ai valori condivisi in una data società.²⁸

Come nota Raimondo Cubeddu, Leoni non può certo dirsi un *liberal*.²⁹ Ma se volessimo usare le categorie della filosofia politica anglosassone contemporanea, potremmo addirittura trattarlo come un *communitarian* un po' in anticipo sui tempi. Del resto, anche in ambiente anglosassone si è consapevoli che la panoplia di argomenti usata dai *communitarians* è di importazione europea.³⁰ Come i *communitarians*, Leoni si appella a valori condivisi e fondati, almeno sul piano pratico, su una teoria olistica della società, e vagheggia il ritorno, in nome di un passato idealizzato,³¹ alla presunta armonia spontanea ed informale della tradizione.³²

²³ B. Leoni, *op. cit.*, p. 21 (trad. it. p. 23).

²⁴ B. Leoni, *op. cit.*, p. 47 (trad. it. p. 54).

²⁵ L'appello ai valori e ai sentimenti intessuti nel linguaggio ordinario a rigore non fornisce argomenti efficaci per criticare un eventuale slittamento semantico della parola "libertà": se il linguaggio ordinario è l'autorità ultima, non si può pretendere di opporsi alla sua evoluzione - come pure fa Leoni quando, dopo aver esposto la sua definizione di libertà, deplora che il termine stesse assumendo, ai suoi tempi, anche il senso socialisteggiante di libertà dal bisogno (*ibidem*, pp. 51-57, trad. it. pp. 59-66).

²⁶ *Ibidem*, pp. 23-24, trad. it. p. 27

²⁷ I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, BA 69,

²⁸ Per una critica alla regola aurea basata sull'insufficienza della inversione dei ruoli in essa implicita, nonché sulla sua vaghezza, vedi ad esempio: K. Baier, *The Moral Point of View*, Cornell U.P., Ithaca, 1958, pp.202-204; A. Gewirth, *Reason and Morality*, The University of Chicago Press, Chicago, 1978, p. 169; N.T. Potter, M. Timmons (eds), *Morality and Universality*, Dordrecht, Reidel, 1985.

²⁹ R. Cubeddu, *op. cit.*, p. XI.

³⁰ S. Holmes, *The Anatomy of Antiliberalism*, Harvard U.P., Cambridge Mass., 1993.

Leoni, di nuovo come i *communitarians*, ambisce a fornirci una teoria completa, assiologica e ontologica a un tempo, della società e del suo sviluppo. E ove il *liberal* - soprattutto se è di matrice kantiana - si limita a presupporre la libertà come condizione di una giustizia non garantita da nessuna filosofia della storia deterministica, Leoni ci sa dire come si sviluppa nella storia una società collettivamente, anche se non distributivamente, libera. In questa prospettiva, come si danno delle libertà che sono più libertà delle altre, così ci sono dei poteri che sono meno poteri di altri.

L'ordine spontaneo, colle sue ragioni che la ragione - individuale - non conosce, è nello stesso tempo un principio teoretico e un principio pratico, proprio come, nella scolastica marxista, la società senza classi era nello stesso tempo la verità teoretica della storia e della natura umana, e lo scopo pratico al quale ci si doveva orientare. Ma la pretesa di spiegare la totalità del reale - quello che è e quello che deve essere - in base ad un unico principio conduceva ad una tipica indeterminatezza politica.³³ Se s'intende la necessità della società senza classi come una necessità teoretica, cioè come un esito inevitabile della storia, ci si adegua - alla maniera dei teorici socialdemocratici della seconda Internazionale - alle democrazie esistenti e si aspetta con deterministica fiducia il momento della palingenesi; ma se s'intende la necessità del comunismo anche come una necessità pratica, diventa più che legittimo anticipare colla violenza - alla maniera dei bolscevichi - l'esito finale e comunque ineluttabile. Entrambe le posizioni si possono derivare correttamente da un principio che è nello stesso tempo giustificazione pratica e spiegazione teoretica. Analogamente, dal pensiero di Leoni può discendere tanto un adattamento quietistico a ciò che la storia presenta, e che l'evoluzione provvederà a dirimere, quanto una posizione autoritaria³⁴ - nella convinzione di conoscere più e meglio di Marx il motore segreto della storia e le libertà che, in essa, meritano di essere difese e promosse. Leoni, è individualista se rimane sul piano della contemplazione, quando si tratta di spiegare le istituzioni sociali in base al concorrere di azioni individuali; ma deve diventare olista se si sposta sul piano pratico: solo così un ordine non voluto da nessuno - soprattutto da nessuno cui sia capitato non tanto di essere cinese, quanto di essere bambino - può essere visto nello stesso tempo come una garanzia per la libertà individuale.

Su questo sfondo, la filosofia *pratica* di Leoni è un'apologia olistica del potere diffuso, implicito, informale e apolitico, e difficilmente può essere impiegata da chi pensa che il miglior modo di controllare i poteri sia quello di formalizzarli, di esplicitarli e di politicizzarli il più possibile - magari secondo il canone di una teoria della giustizia che non ambisce a essere nello stesso tempo una sociologia e una filosofia della storia. Se pensiamo che valga la pena discutere con Leoni, bisogna affrontarlo, prima che sulla questione giusfilosofica della legislazione, sulla questione filosofico-politica del potere.

Lo stile politicamente indeterminato del pensiero di Leoni si può rintracciare nello stesso capostipite della scuola austriaca, Carl Menger. Egli distingue fra i fenomeni sociali che sono il prodotto della convenzione fra i membri della società,³⁵ e quelli organici, cui appartengono "istituzioni che servono il bene comune e che hanno un'importanza fondamentale per il suo sviluppo, senza una volontà comune orientata alla loro formazione"³⁶. Menger pensa che sia possibile un'interpretazione "esatta", cioè "atomistica" di questi fenomeni, che li svela come

³¹. Sull'incoerenza dell'accoppiamento, compiuto dai *communitarians*, di una critica teoretica al liberalismo, che ne vorrebbe mettere in luce l'irrealizzabilità, e di una critica morale, che vorrebbe mostrare l'ingiustizia di un liberalismo assunto, questa volta, come realizzato, v. M. Walzer, *The Communitarian Critique to Liberalism*, "Political Theory", 18/1, 1990, pp. 6-23.

³². Solo a titolo di esempio, si veda - fra la gran massa di letteratura sul tema - l'argomento di Sandel che, contro Rawls, stigmatizza il formalismo della giustizia di contro alla pienezza armoniosa e informale della comunità (M.J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge U.P., Cambridge, 1982, pp. 30-32, trad. it. di S. D'Amico, *Il liberalismo e i limiti della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1994, pp. 44-45); la fondazione tradizionale della giustizia di A. MacIntyre (*Whose Justice? Which Rationality?*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1988, pp. 1-11); e infine la critica di J. Waldron della fondazione di giustizia e morale su tesi sociologiche o antropologiche in *Particular Values and Critical Morality*, "California Law Review", 1989, 77/3, pp. 562-89 (trad. in. di A. Ferrara in Aa.Vv., *Comunitarismo e liberalismo*, Editori Riuniti, Roma, 1992, pp. 291-327).

³³. Vedi per esempio il XVIII capitolo di K.R. Popper, *The Open Society and Its Enemies*, Harper and Row, New York, 1963, vol. II (trad. It. *La società aperta e i suoi nemici*, Armando, Roma, 1974, vol. II).

³⁴. Sulle potenzialità autoritarie di alcune applicazioni della distinzione fra diritto e legge v. G. Fassò, *Società, legge e ragione*, Comunità, Milano, 1974, pp. 80-81.

³⁵. C. Menger, *Untersuchungen über die Methode des Sozialwissenschaften und der politischen Ökonomie insbesondere*, trad. It. di F. Monceri *Sul metodo delle scienze sociali*, liberilibri, Macerata, 1996, p. 149.

³⁶. *Ibidem*, p. 151.

“risultante inintenzionale di numerose azioni di soggetti [...] che perseguono interessi individuali”³⁷. Tuttavia, il fatto stesso che non tutte le istituzioni sociali sorgano per via organica implica, *contro* la scuola storica del diritto, che sia legittimo cercare di trasformare il diritto colla legislazione in vista del “bene comune”:³⁸

la scienza non deve mai rinunciare, ed è questo il presupposto fondamentale nella questione, a mettere alla prova la razionalità (*Zweckmäßigkeit*) delle istituzioni sorte per via organica e trasformarle e migliorarle, quando un’accurata indagine lo richieda, in base alla visione scientifica e alle esperienze pratiche disponibili. Nessuna epoca può venire meno a tale ‘vocazione’.³⁹

Dunque: la sedimentazione organica produce certamente istituzioni che favoriscono il “bene comune”, ma, in nome di questo stesso “bene comune”, è lecito e anzi doveroso intervenire correttivamente colla legislazione. Tuttavia, per stabilire con chiarezza quando intervenire e quando no, occorre avere un concetto di “bene comune” che non sia esso stesso giustificato come il prodotto del “lavoro dei secoli”. Infatti, se questo concetto venisse giustificato in quanto frutto di sedimentazione storica, si potrebbe correttamente derivare da esso tanto che non è *mai* lecito intervenire, a causa della superiore saggezza della tradizione di cui facciamo parte, quanto che si può *sempre* intervenire, come ultimi epigoni e paladini della tradizione cui apparteniamo e che eventualmente ci sentiamo impegnati a difendere. D’altra parte, se il concetto di “bene comune” è scoperto e giustificato sulla base di qualcosa di differente dalla sedimentazione storica, non si vede che cosa distingua un autore della scuola austriaca da un riformista “costruttivista” che propone il suo progetto politico in base alla sua concezione della società e alla sua concezione del bene, del diritto e del valore.

4. La democrazia e Leoni

La preferenza filosofico-giuridica di Leoni per i poteri diffusi e informali riposa su una prassi implicitamente olistica, che vede nell’esercizio di poteri espliciti e formali come quelli della legislazione una minaccia per la libertà non tanto dell’individuo, quanto della società nel suo complesso. Di contro, chi si preoccupa della libertà dell’individuo dovrebbe preferire avere a che fare con poteri istituzionalizzati e formalizzati, non perché abbiano un potenziale tirannico minore, ma perché è più facile sottoporli - in virtù del loro carattere esplicito e formale - a vincoli e controlli. L’esperienza politica e giuridica della modernità - e in particolare il costituzionalismo americano ed europeo di questo secolo - ha escogitato numerosi espedienti per imbrigliare lo stato. E’ possibile ridurre sotto regole e istituzioni esplicite il potere dei corpi legislativi, ma non è possibile formalizzare ed esplicitare il potere dell’*arbiter elegantiarum*. Un mondo nel quale sparissero i parlamenti, ma rimanessero gli *arbitri elegantiarum* e i latifondisti, sarebbe un mondo privo di una sede pubblica nel quale porre il problema del potere sociale e del suo controllo. Un potere di produzione del diritto informale e diffuso, analogo al potere della moda, non è un vantaggio, ma un pericolo per la libertà individuale, come forse pensava Kant, quando osservava che la dura scorza rappresentata da un grado minore di libertà civile favorisce una maggiore libertà per la cultura del popolo:⁴⁰ la libertà come autonomia critica e pratica ha più possibilità di svilupparsi entro la cornice di un potere formale ed esplicito - anche se dispotico, come quello di Federico II - piuttosto che di fronte a un potere implicito e informale, che esiste, ma non si presenta come tale e perciò può più facilmente sfuggire alla critica.

La mia tesi presuppone che la disputa tra fautori della legislazione e fautori del diritto giurisprudenziale non sia riducibile a una questione di efficienza e certezza del diritto, perché tocca il problema del potere.⁴¹ In questa prospettiva, è vero che l’inquinamento e l’inflazione legislativa nei paesi a *civil law* hanno privato la legge della sua generalità e astrattezza, trasformandola, proprio come deplorava Leoni, in occasionale e malcerto strumento di politica e di contrattazione sociale, ed estendendo sempre più il ruolo del giudice e del diritto giurisprudenziale.⁴² Ma da ciò non segue affatto che il potere di creazione del diritto debba essere reso il più possibile implicito e informale. In una società pluralistica, nulla garantisce che un *Honoratiorenrecht* diffuso e informale sia più certo e più organico del diritto legislativo; per di più, esso sarebbe sottratto ai vincoli della responsabilità politica e del controllo di costituzionalità, cui è soggetta la legge statutaria.

³⁷. *Ibidem*, p. 166.

³⁸. *Ibidem*, p. 265.

³⁹. *Ibidem*, p. 266.

⁴⁰. I. Kant, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, A 494.

⁴¹. Sul carattere sociale del potere v. M. Stoppino, *Potere e teoria politica*, Giuffrè, Milano, 1995.

⁴². V. ad esempio G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 20-47 e 179-213.

Questi strumenti non sono, come pensa Leoni, dei “parafernali”, inadeguati a scoprire una “volontà della gente” che si manifesta in modo inequivoco nell’ordine spontaneo, ma servono - nonostante i loro limiti e la loro potenziale arbitrarietà e ingiustizia - a far partecipare le persone alle decisioni pubbliche in modo formalmente paritario, consapevole e responsabile. Gli strumenti elettorali, legislativi e costituzionali fanno sì che il cittadino democratico si possa rendere conto di esercitare, col suo voto, un potere, di fare delle scelte che incideranno su lui stesso e sugli altri; mentre non è stato elaborato, fino ad ora, nessun “parafernale” che renda formalmente avvertito chi partecipa agli istituti del cosiddetto ordine spontaneo del fatto che sta esercitando un potere, né sono state escogitate procedure in grado di rendere almeno formalmente paritaria questa partecipazione - né, soprattutto, è stato inventato nulla che renda questo potere formalmente controllabile e rivedibile.⁴³

Va sottolineato, in questa prospettiva, il ruolo del controllo di costituzionalità, che è stato introdotto dalla rivoluzione americana e si è diffuso nel mondo in virtù delle numerose costituzioni rigide europee di produzione novecentesca. Lo sfondo storico del costituzionalismo del Novecento è l’avvento, dopo la prima guerra mondiale, dei partiti di massa, che rappresentano forze sociali in evidente competizione fra loro: perciò, la legge prodotta dai corpi legislativi può apparire espressione dell’unità della società soltanto in astratto - mentre in concreto è il frutto della vittoria di una maggioranza su una minoranza, e, all’interno della maggioranza, della contrattazione fra le forze che la compongono.⁴⁴ La diffidenza nei confronti del legislatore parlamentare ha indotto ad importare gli istituti americani della costituzione-garanzia, non più flessibile ma rigida, e del controllo di costituzionalità: i principi comuni su cui riposano l’unità della società e le libertà individuali, non possono più essere espressi soltanto dalla legge - che può essere strumentalizzata particolaristicamente nella competizione fra le forze politiche e sociali - ma devono essere assicurati da una norma superiore, la quale sospende la stessa onnipotenza del legislatore.⁴⁵ Il potere del legislatore parlamentare rimane un potere esplicito e formale, ma non è più onnipotente e insindacabile.

Leoni, come abbiamo avuto modo di osservare, è - praticamente - convinto che un diritto il più possibile diffuso e informale rispecchi senza difficoltà ciò che la gente vuole, contro le pretese artificiali e tiranniche dei corpi legislativi, secondo un presupposto olistico e naturalistico: la società, intesa come un intero, è capace di produrre da sé il proprio diritto, senza ledere la libertà di nessuno. Dal suo punto di vista, si ha lesione della libertà solo qualora il momento della decisione sia reso esplicito e formalizzato in istituzioni dotate di autorità *erga omnes*, i cui membri vengono eletti proprio allo scopo di essere i titolari, politicamente responsabili, del potere legislativo: i giudici-legislatori dovrebbero essere selezionati - proprio come certi presentatori televisivi di successo - da “un consenso diffuso da parte di clienti, colleghi e del pubblico in generale.”⁴⁶ La loro indipendenza e autonomia sarebbe dunque condizionata dai gusti del “pubblico” - o di quella parte del pubblico che, ai loro occhi, ha voce in capitolo.

Vale la pena sottolineare che un sistema il quale prevedesse, come principio generalizzato, che si possa ricorrere all’arbitrato di un giudice, scelto concordemente, solo col consenso di *entrambe* le parti in causa, non garantirebbe affatto la libertà individuale. Le parti in causa dovrebbero convenire almeno sul fatto che la loro controversia coinvolge un problema di diritto. Uno dei litiganti, quale preliminare giudice in causa propria, potrebbe rifiutare di sottoporsi al giudizio, se ritenesse la pretesa dell’altro manifestamente infondata. Sul piano sociologico, se una delle parti è più prestigiosa e più potente dell’altra, può sottrarsi senza danno alla richiesta di arbitrato avanzata dalla parte più debole. Se Renzo e Lucia avessero chiesto a Don Rodrigo di far dirimere la loro controversia da un arbitro, il signorotto manzoniano, in virtù della sua inattaccabile posizione sociale, avrebbe potuto o replicare che, per lui, quella non era affatto una questione che toccava problemi giuridici, o imporre, come unico arbitro da lui accettabile, il dottor Azzeccagarbugli, e non certo per il suo acume nella scienza del diritto. In ogni caso, un giudice selezionato dal “pubblico” sarà assai poco propenso ad emanare sentenze tali da contrastare i valori condivisi o dalla maggioranza dei suoi potenziali clienti, o da coloro che, per il loro prestigio o informale potere, sono in grado di influenzare le opinioni di questa maggioranza.

⁴³ . I numerosi progetti di democratizzazione dei luoghi di lavoro apparsi nel mondo anglosassone negli anni '70 e '80 non fanno altro che trasferire in ambito economico formalismi e procedure che sono nati nell’ambito della democrazia politica. V. ad esempio C. Gould, *Rethinking Democracy: Freedom and Political Co-operation in Politics. Economics, Society*, Cambridge U.P., Cambridge, 1988; P. Green, *Retrieving Democracy*, Rowman and Allanhead, Totowa N.J., 1985.

⁴⁴ . V. a questo proposito M. Fioravanti, *op. cit.*, pp. 138-139.

⁴⁵ . V. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite cit.*, pp. 62-63.

⁴⁶ . B. Leoni, *op. cit.*, pp. 179-180 (trad. it. p. 202.).

Il costituzionalismo del Novecento funziona senza presupposti olistici - anzi, trova la propria ragion d'essere nella circostanza che l'olismo non è più sostenibile sul piano politico. Esso implica, in primo luogo, che anche un corpo legislativo legittimo e rappresentativo possa ledere la libertà del singolo, protetta, per questo motivo, dalle garanzie costituzionali e, in secondo luogo, che l'unità politica sia il risultato di un'azione cosciente e consapevole degli individui, delle forze sociali e politiche e dei poteri pubblici, secondo gli indirizzi pattuiti nella costituzione stessa.⁴⁷

Su questo sfondo, non è casuale che Leoni veda con diffidenza la cultura del controllo di costituzionalità, ed in particolare la Corte Suprema americana, per quanto il controllo di costituzionalità sia stato introdotto negli Stati Uniti per via giurisprudenziale, col celebre caso *Marbury vs. Madison*, del 1803.⁴⁸ Egli deplora il "culto della costituzione"⁴⁹ connesso, ad una costituzione scritta e rigida, di produzione e di carattere democratico e paventa la reintroduzione del processo legislativo in veste giudiziaria - nonostante i vincoli procedurali che caratterizzano l'attività del giudice rispetto a quella del legislatore.⁵⁰ Dal suo punto di vista, l'unica e autentica garanzia della libertà individuale risiede nel carattere diffuso e privatistico del potere di produzione del diritto, da affidare a notabili legittimati dall'informale e politicamente non responsabilizzabile consenso della gente: la costituzione rigida e il controllo di costituzionalità possono diventare alibi per l'esercizio della tirannide.

Leoni sembra fautore di un "liberalismo storicistico", alla Burke: ma la sua diffidenza nei confronti di strumenti di garanzia costituzionale pur storicamente affermatasi lo avvicina a quei giacobini i quali pensavano che un legislatore virtuoso, autentica espressione della nazione, fosse in se stesso una protezione sufficiente per la democrazia e le libertà individuali.⁵¹ Per lui, giudici e giureconsulti tutelano le libertà individuali perché il fatto stesso di essere stati selezionati in maniera informale, secondo un consenso diffuso, è indice della loro capacità di scoprire e dichiarare quel diritto, che, sebbene non voluto da nessuno, è la miglior garanzia della libertà individuale. L'ordine spontaneo, in questo caso, fa le veci della volontà generale. E come l'ideologia della volontà generale si basava sulla finzione che il potere che rappresenta la totalità della società non sia veramente potere, così l'ideologia dell'ordine spontaneo comporta l'analoga finzione che un potere privatistico, diffuso e informale non possa ledere la libertà individuale perché è espressione della libera evoluzione della società nel suo complesso.

L'interpretazione che ho tentato di proporre si basa sulla tesi che Leoni possa essere visto, sulle tracce di Fassò, come uno storicista giuridico - ma molto *sui generis* rispetto alla altrimenti sfaccettata figura di Savigny, padre dello storicismo giuridico tedesco, il cui interesse fondamentale è la scientificità del diritto. Essa, secondo Savigny, si raggiunge solo se il diritto, "scoperto" come presente nel popolo, viene formalizzato tecnicamente dalla dottrina, ed è compatibile con la possibilità di una legislazione di produzione politica, perché solo lo stato può essere garante di un sistema di libertà individuali reciprocamente compatibili.⁵² Leoni, di contro, analizza il diritto nella prospettiva della sua attitudine a garantire la libertà individuale.

Savigny pensava romanticamente che "ogni epoca deve riconoscere qualcosa di dato, che tuttavia è insieme necessario e libero; necessario, in quanto non dipende dall'arbitrio particolare del presente, libero, perché è [...] prodotto della superiore natura del popolo come intero che sempre diviene e si sviluppa".⁵³ Leoni crede che un diritto "vero", corrispondente a quello che vuole la gente, sia anche per ciò stesso in grado di garantire la libertà *individuale* contro le pretese dispotiche del potere politico. E, con uno spirito assai meno irenico, mette al centro della sua riflessione il conflitto fra individualità e collettività; e ritiene che questo conflitto sia eliminabile alla radice coll'espedito di sostituire la creazione politica del diritto, che Savigny non ha mai stigmatizzato in quanto tale, con una produzione privatistica e informale.

⁴⁷. M. Fioravanti, *op. cit.*, pp. 141-151.

⁴⁸. L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, Mineola NY, The Foundation Press, 1988, pp. 23-28.

⁴⁹. B. Leoni, *op. cit.*, p. 182 (trad. it. p. 205). Fassò (Id., *op. cit.*, pp. 156-157), sostenitore della storicità del diritto ed estimatore di Leoni, era altrimenti disposto nei confronti del controllo di costituzionalità da parte di una corte suprema: un controllo concentrato ed efficace *erga omnes* garantisce maggiore certezza del diritto rispetto ad una disapplicazione diffusa, da parte dei giudici, di una legge presunta incostituzionale.

⁵⁰. B. Leoni, *op. cit.*, p. 180 (trad. it. p. 203).

⁵¹. M. Fioravanti, *op. cit.*, p. 71.

⁵². L. Lombardi, *op. cit.*, p. 208; G. Marini, *Friedrich Carl von Savigny*, Guida, Napoli, 1978, pp. 124-129 e 166-167.

⁵³. F.C. von Savigny, *Über den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, in *Vermischte Schriften*, I, 105-126

In questa prospettiva, la bella metafora biblica usata da Savigny nella polemica contro la codificazione:

il popolo ebreo sul monte Sinai, non potendo aspettare la legge divina, si fece per impazienza un vitello d'oro, e così le vere tavole della legge furono fatte a pezzi⁵⁴

può essere rovesciata contro gli ideologi dell'ordine spontaneo, che chiedono di spezzare le tavole della legge per adorare informalmente la rappresentazione dorata della società come di un organismo animalesco, nella convinzione che esso garantisca maggiore libertà - anche se non maggior responsabilità e partecipazione consapevole - di un esplicito patto costituzionale.⁵⁵

⁵⁴ F.C. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, in *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, Vahlen, München, 1973, p. 176, trad. it. di M. Peretti, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in G. Marini (a cura di), *La polemica sulla codificazione*, ESI, Napoli, 1982, p. 180.

⁵⁵ G. Zagrebelsky, *La democrazia di Barabba*, in "Micromega", 1995, 1, pp. 17-31, e *Il "crucifige" e la democrazia*, Einaudi, Torino, 1995. Secondo Zagrebelsky la de-istituzionalizzazione della politica che si attua con "l'appello ripetuto e insistente all'opinione popolare" per mezzo dei numerosi strumenti di cui la demagogia contemporanea dispone, "porta progressivamente ad allineare le posizioni e a ridurre le deviazioni" (*ibidem*, p. 117). Si può aggiungere che la spoliticizzazione dei problemi sociali in nome di un presunto ordine spontaneo è una forma particolarmente insidiosa di questa demagogia: proprio come l'opinione pubblica, i poteri informali che hanno libero campo sotto la spoglia dell'ordine spontaneo, non soltanto sono in grado di avere una influenza pesante sulla vita delle persone, ma soprattutto agiscono senza che sia possibile far valere la loro responsabilità - anche quando l'azione è compiuta da individui ben concreti.